Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv

für die

civiliſtiſche Praxis.

Dritter Band. Erſtes Heft.

I.

Ueber die heutige Anwendung der römiſchen Contraktslehre.

Von dem
Staatsrath von Batz zu Tübingen.

Von Verträgen und Contrakten im Allgemeinen.

A.) Nach römiſchem Recht.

Wenn die Weisheit und Conſequenz der römiſchen Geſetzgebung ſich bei irgend einem Gegenſtande vorzüglich bewährt hat, ſo iſt es in ihren Vorſchriften über Verträge und Contrakte.

Ausgehend von dem Grundſatz: „daß der Verbindlichkeitsgrund der Verträge nicht in einem durch ſie erworbenen vermeintlichen Eigenthumsrecht [1]), ſondern allein in dem Bande liege, das durch gegenſeitige Willenserklärung geknüpft [2]) und wieder aufgelößt wird [3]),“ war ihr jeder Vertrag heilig, der

1) S. meine Abhandlungen über verſch. Gegenſt. des natürlichen u. poſitiven Rechts Abh. X.

2) l. 3. l. 52. §. 4. D. de O. et A. l. 1. §. 3. de pact. l. 84. §. 1. de R. J.

3) §. 4. J. q. m. toll. obl. l. 80. D. de solut. l. 35. de R. J.

nicht gegen das natürliche und positive Recht, noch gegen die guten Sitten anstieß [4]).

Da sie aber nicht alle Verträge für gleich nothwendig und wichtig hielt; so hob sie insonderheit diejenigen aus, welche in der menschlichen Gesellschaft und unter Völkern am meißen vorkommen [5]), und jedem Staat unentbehrlich und nützlich sind. Sie gab denselben eigene, aus der Natur des Vertragsgeschäfts fließende Namen, mit zweckmäßigen rechtlichen Bestimmungen, und zog für jeden Vertrag eine genaue Gränzlinie, die nicht überschritten werden durfte, ohne daß derselbe unkräftig wurde, oder in einen andern ausartete [6]), wie z. B. der Kaufvertrag ohne Kaufschilling (pretium) nichtig war, und der Leihvertrag, wenn der Gebrauch der Sache für Geld geliehen wurde, die Natur des Miethvertrags annahm.

Von diesem gesetzlichen, über das naturrechtliche hingezogenen, Bande hießen die Verträge Contrakte, welche eine nach ihnen benannte Klage (actio) erzeugten [7]).

Der Grund ihrer Civilverbindlichkeit war das Vertragsgeschäft, oder die Verhandlung selbst [8]), was die Römer causa nannten [9]). Zwar glauben Cujacius [10]), Maranus [11])

---

4) l. 7. §. 7. l. 28. D. de pact. l. 6. 29. C. eod.

5) l. 5. D. de just. et jur. l. 1. §. 4. l. 7. §. 1. D. de pact. l. 1. in fin. D. de contr. emt.

6) l. 24. l. 26. §. 1. D. depos.

7) l. 7. §. 1. de pact. l. 2. D. de praescr. verb.

8) negotium, negotium civile l. 15. l. 19. D. de praescr. verb. l. 1. D. de aestimat. act. tractatus. l. 5. D. de pr. verb. l. 32. D. pro socio.

9) l. 7. §. 3. 4. D. de pact. Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa ... esse obligationem.

10) Observat. L. 2. c. 15.

11) in Paratitlis D. de pact. p. 98.

und Vinnius [12]): ein Contract ſey ein Vertrag, der entweder einen eigenen Namen, oder eine causa habe, und nehmen letztere bei Contrakten ohne Namen an; doch fügt Vinnius bei [13]): die Obligation und Action ſey nicht ſowohl wegen des Namens, ſondern wegen des Nutzens im Handel und Wandel, wie dies Donell [14]) weiter ausgeführt habe, feſtgeſetzt worden. Allein nach meiner Anſicht hatten auch die contractus nominati eine causa, die ich in das gemeinnützige Geſchäft ſetze, wovon es bei denſelben ſich handelt; und dafür ſcheinen mir ſelbſt die Geſetze zu ſprechen. „Wenn ich (heißt es in einem derſelben) mit einem Goldſchmied den Vertrag ſchließe, daß er gegen den Empfang einer Summe von 300 aus ſeinem Gold mir Ringe verfertige, und es entſteht die Frage, ob dies ein Kauf oder ein Miethcontrakt ſey, ſo iſt dieſes nur ein Geſchäft und zwar ein Kauf [15]).“ So wurde auch Zweifel erhoben, ob in dem Fall, wenn jemand eine Sache um einen beſtimmten Preiß zum Verkauf giebt, eine Kauf- oder Miethklage, oder eine actio mandati ſtatt finde? Das Geſetz löſte den Zweifel, und gab hier eine eigene, nämlich die äſtimatoriſche Klage, weil man ein bürgerliches Geſchäft und zwar bona fide gemacht habe [16]).

Noch deutlicher ſpricht ſich ein anderes Geſetz aus: „Bei den Kauf- Mieth- Geſellſchafts- und Mandats-Contrakten iſt die Einwilligung derer, welche Geſchäfte machen (negotia gerunt) hinreichend [17]).“ Derſelben Meinung iſt der mit dem römiſchen Recht und deſſen Geiſt ſo ſehr vertrau-

---

12) in tract. de pactis c. 8. n. 2.

13) ibid. n. 3.

14) Libr. XII. Commentar. c. 9.

15) l. 2. §. 1. D. loc. cond.

16) l. 1. D. de aestimat.

17) l. 2. D. de O et A.

te, und für dieſe Wiſſenſchaft leider zu früh geſtorbene Hofacker [18]).

Dieſe vier Contrakte mit eigenem Namen bedurften alſo zu ihrem Rechtsbeſtand (Perfektion) nichts, als der gegenſeitigen Einwilligung in das Geſchäft, worüber contrahirt wurde. Die übrigen contractus nominati (ſo fern ſie nicht blos bürgerlichen Rechts waren, meri juris civilis, wie die Verbal- und Litteral-Contrakte) waren nicht früher beendigt (perfekt), als wann der verſprochene Gegenſtand (Sache oder Faktum) gegeben, oder geleiſtet war. Die zu dem Verſprechen gekommene Leiſtung begründete hier die Civilobligation — war causa obligationis. Vor derſelben konnte noch jeder Theil von dem Vertrag abgehen und ihn ungeſchehen machen. Daher hießen die Contrakte erſter Art: Conſenſual- und die der zweiten: Realcontrakte. Bei letzteren wurde eine Sache zu einem beſtimmten Gebrauch und zu einem gewiſſen Zweck entweder ſo gegeben, daß die Rückgabe derſelben Sache (in specie) wie bei dem Leih-, Hinterlegungs- u. Pfand-Contrakt, oder nur eine Sache von der nämlichen Art und Güte (in genere), wie bei dem Darleben, erfolgte. Und dies waren Realcontrakte im eigentlichen und engeren Sinne.

Gieng aber die Abſicht der Paciscenten dahin, ſich für eine Sache eine andere, oder die Leiſtung eines Faktum zu verſchaffen, ſo hießen dieſe Verträge Realcontrakte im weiteren Sinn, und, da ſie keinen eigenen Namen hatten, contractus innominati. Sie waren alſo nichts anders, als bloße Verträge (pacta nuda), welche durch Gebung oder Leiſtung ſich in Contrakte verwandelten.

Da aber beydes, die Conſenſual- und die Realcontrakte, mit und ohne Namen, naturrechtliche Verträge in römiſcher Form waren; ſo dringt ſich hier die Frage auf: warum zur

---

18) in elem. jur. civ. Rom. §. 489.

19) l. 52. §. 1. D. de O. et A.

Verbindlichkeit der Realcontrakte außer dem Vertrag auch noch deſſen Erfüllung von einer Seite erforderlich war? Schwerlich haben die ſcharfſinnigen Römer dieſen Unterſchied in Anſehung des Daſeyns der Verbindlichkeit ohne hinreichenden Grund feſtgeſetzt; doch in der Geſetzgebung ſelbſt ſucht man ihn vergeblich. Mir ſcheint er in der eigenen Beſchaffenheit und Natur dieſer Verträge zu liegen.

Fordert nämlich das vorhandene Bedürfniß beider oder eines der Paciſcenten und deren Intereſſe, daß die Sache gleich mit dem Vertrag übergeben werde — was der Fall bei Realcontrakten iſt —, ſo kann es ihr Wille nicht ſeyn, ſich früher verbindlich zu machen. Die Darreichung der verſprochenen Sache ſcheint hier nothwendige Bedingung zu ſeyn, um mit der Convention zu coincidiren. Denn ehe und bevor das entlehnte Geld, oder die geliehene Sache, oder das Pfand [20]), wirklich gegeben, oder der Gegenſtand hinterlegt und empfangen iſt, fehlt es an einem Grund der Verbindlichkeit. Der annehmende Theil iſt vorher nichts ſchuldig, und der gebende hat vor erfolgter Leiſtung, als dem Haupterforderniß dieſer Verträge, kein Recht.

Zwar werden die Conſenſualcontrakte auch durch das Bedürfniß und durch den Vortheil, den man davon erwartet, erzeugt; aber beide ſollen nicht gerade im Augenblicke befriediget oder erreicht werden. Man kauft und miethet oft Sachen, mehr in Abſicht, ſie gewiß, als ſogleich zu erhalten, oft geſchieht es auch, weil man ſie nicht leicht wieder ſo gut, oder ſo wohlfeil, zu bekommen glaubt. Hier intereſſirt es alſo beide Theile, daß keiner von dem Contrakt abgehe, und daß jeder ſchon durch die Abſchließung wegen deſſen Erfüllung geſichert ſey.

---

20) Der Pfandvertrag oder die Hypothek iſt kein Contract, und wurde dieſem nachher nur in ſo fern gleich geſetzt, daß auch auf bloß hypothecirte Sachen, wie wenn ſie wirklich übergeben worden wären, eine dingliche Klage von urſprünglich anderer Art ausgedehnt wurde.

Noch augenſcheinlicher iſt dies bei dem Mandats- und Geſellſchafts-Contrakt, welche beyde etwas künftiges bezwecken, der eine fremde Geſchäftsführung, der andere künftigen Gewinn. Daher liegt bei Conſenſual-Contrakten der Verbindlichkeitsgrund (causa) einzig und allein, in dem eine gewiſſe, aber nicht nothwendig gleich erfolgende, Leiſtung bezweckenden Vertragsgeſchäft, wovon ſie ihren Namen führen [21]). Das römiſche Recht folgte hier genau dem Vernunftrecht und der Natur diſſer Verträge.

So ſehr es aber auch auf die Unverletzlichkeit der letzteren Verträgen hielt, ſo wenig glaubt es doch allen gleiche Kraft und Wirkung im Staat beilegen zu können. Es ſah ſie zwar als Erwerbungsgründe von Rechten, und als Schutzwehr gegen civilrechtliche Angriffe, wovon es nur zum allgemeinen Beſten wenige Ausnahmen machte [22]), an; allein die Kraft, auf die Erfüllung der Verträge zu klagen, oder ſie durch Action vor Gericht geltend zu machen, gab es ihnen nur da, wo es nothwendig und nützlich war. Dies ſchien aber den Römern nicht der Fall zu ſeyn bei Verträgen, denen kein auf einen zu leiſtenden Gegenſtand ſich beziehendes Geſchäft, (negotium) ſondern ein bloßes Verſprechen zum Grund lag.

Bei dieſen Verträgen nämlich beſtund das Intereſſe des Promiſſars gewöhnlich darin, daß der Promittent nicht gegen ſein Verſprechen handle, z. B. nicht aus dem früheren Contrakt

---

21) l. 1. §. 2. D. de rer. permut.

22) Daher konnten Kinder wegen Schulden, die ſie noch in väterlicher Gewalt gemacht hatten, nicht belangt werden l. 1. l. 9. §. 2. l. 7. §. 6. D. ad Sc. Maced., deswegen konnte auch das weibliche Geſchlecht nicht die Verbindlichkeit anderer übernehmen, und ſich nicht für andere verbürgen l. 2. §. 1. ad Sc. Vellej., ja ſogar, wenn es wegen Interceſſion bezahlt hatte, das Geld zurückfordern l. 8. §. 3. l. 31. D. l. 9. C. eod., was in dem erſten Fall bei den Schulden contrahirenden Kindern nicht ſtatt fand, weil die naturrechtliche Schuld blieb l. 9. §. 5. l. 10. D. ad Sc. Maced.

etwas fordere, was er ſpäter verſprochen hatte nicht zu verlangen (pactum de non petendo). Belangte ihn der Promittent dennoch aus dem Contrakt; ſo konnte er die Klage (actio) durch die exceptio pacti [23]) unkräftig machen, weil die natürliche Verbindlichkeit blieb [24]). — Wie aber, wenn der verſprechende Theil den Vertrag ohne vorgängigen Contrakt verletzte? Nun hatte ja der Promiſſar keine Action, womit er ſein Vertragsrecht behaupten konnte. — Dieſer Einwurf wäre allerdings wichtig, wenn ein ſolcher Fall leicht vorkommen könnte. Allein jeder Vertrag iſt entweder ein Contrakt mit oder ohne Namen, wenn ihm ein Geſchäft zum Grund liegt, aus dem geklagt werden kann [25]); oder er bezieht ſich auf einen ſchon vorhandenen Contrakt, modificirt denſelben, iſt gleichſam ein Beſtandtheil von dieſem [26]), und giebt der Contraktsklage eine andere Geſtalt [27]) (format actionem); oder er iſt bloßer Vertrag [28]) (pactum nudum), wobei kein Geſchäft gemacht, keine Verhandlung gepflogen wird. Hier kann er aus den ſchon angeführten Gründen die Civilklage nur durch Exception entkräften [29]).

---

23) pr. und §. 3. J. de except.

24) ſie hieß vinculum aequitatis l. 95. §. 4. D. de solut. vinculum naturale l. 59. D. de cond. indeb.

25) l. 2 3. 4. D. de praescr. verb. Nam cum deficiunt vulgaria utque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est — natura enim rerum inductum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.

26) l. 1. §. 6. D depos. Contractus enim legem ex conventione accipiunt.

27) l. 7. §. 1. D. de pact. Nuda pactio interdum format ipsum actionem l. 10. C. de jur. dot. Die näheren Beſtimmungen dieſes Satzes kommen noch unten vor.

28) l. 10. C. de pact.

29) l. 7. §. 4. D. de pact. Igitur nuda pactio obligationem (civilem) non parit, sed parit exceptionem. Pauli

War es aber nicht unbillig, daß Verträge, wodurch man ſich erſt für die Zukunft verbindlich machte, kein Klagerecht geben, keine Action erzeugten? Keineswegs. Die Römer giengen nämlich von den richtig ſcheinenden Sätzen aus: daß jeder Vertrag, um bürgerlich verbindlich zu ſeyn, einen Gegenſtand oder ein Geſchäft (causa) vorausſetze, worüber man ſchon jetzt eins worden iſt; daß Verträge, wo es an einer Vereinigung dieſer Art fehlt, weder eine Civilobligation noch Action bewirken; daß man auch in der Regel nur Verträge ſchließt, um gegenwärtigen Bedürfniſſen abzuhelfen, oder um ſchon jetzt beabſichtete Vortheile dadurch zu erreichen; daß hingegen in den meiſten Fällen, wo man eine künftige Verbindlichkeit übernimmt, dies entweder für die Paciſcenten kein Intereſſe hat, oder doch die Erfüllung des Verſprechens zu der Zeit, wo ſie erfolgen ſoll, durch die inzwiſchen veränderte Lage der Sachen dem Promittenden nachtheilig, wo nicht unmöglich wird.

Z. B. Jemand will von mir Geld entlehnen, ich erkläre, daß ich jetzt keines habe, verſpreche aber, es ihm in einigen Wochen zu geben. Nach deren Verfluß kommt er und verlangt das Geld. Ich antworte, daß ich auch jetzt noch außer Stand ſey, es ihm zu geben. Nun fragt ſich's: kann er mich deshalb belangen, und der Richter zur Erfüllung des Verſprechens mich nöthigen? Das römiſche Recht ſagt nein; denn es iſt kein Darleben, ſondern ein bloßes pactum de mutuo vorhanden. Meines Erachtens ſoll jede Geſetzgebung dies ſagen, weil ſich nicht annehmen läßt, daß der Promittent nicht Darleiher würde, wenn er es könnte, und weil es hart wäre, jemand zu zwingen, ein Verſprechen zu halten, das allein in der Vorausſetzung, es erfüllen zu können, gegeben und angenommen wurde.

Der Geſetzgeber macht nur das zur Regel, was am häufigſten geſchieht; er kann ſich ſelten auf Ausnahmen einlaſſen, die, als von beſonderen Umſtänden abhängig, ſchwer voraus zu

---

recept. Sent. L. II. T. 14. Nudo pacto inter civ. Rom. actio non nascitur.

bestimmen sind. Uebrigens konnte ja derjenige, dem an Erfüllung eines solchen Vertrags sehr gelegen war, sich diese durch den Stipulationscontrakt sichern [30]), der hauptsächlich zu dem Ende eingeführt worden ist. Zuweilen traten auch da, wo das gemeine Beste oder die Billigkeit es verlangten, die Gesetze [31]), oder auch der Prätor, ins Mittel, und gaben aus bloßen Verträgen eine Action. Durch jene geschah es bei dem versprochenen Heirathgut [32]) und bei dem Schenkungsvertrag [33]); durch den Prätor aber bei dem Unterpfandsvertrag [34]) und bei dem erneuerten bloßen Versprechen einer schon vorhandenen Geldschuld [35]) (Constitut.).

Der römische Grundsatz: daß man aus bloßen Verträgen nicht klagen könne, hatte auch darin seinen großen Nutzen, daß er der dem Staat schädlichen Streitsucht, und manchen sonst unvermeidlichen Processen der Bürger begegnete — was auch einer der Hauptgründe zu dessen Festsetzung gewesen seyn mag.

---

30) l. 3. C. de rer. permut. Ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

31) l. 6. D. de pact. legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur. Letzteres geschah bei der actio injuriarum et furti, wenn der Injurirte oder Bestohlene das Verbrechen nachzulassen versprach. l. 7. §. 14. l. 17. §. 1. D. de pact. l. 17. §. 5. 6. D. de injur.

32) l. 6. C. de dot. promiss.

33) l. 35. §. 4. 5. C. de donat. Dieser Schenkungsvertrag erhielt bürgerlich verbindliche Kraft ad exempl. vend. §. 2. J. de don.

34) §. 7. J. de act.

35) §. 9. J. eod. l. 1. D. de pec. const. Hoc edicto Praetor favet naturali aequitati.

Woher kommt es aber, daß der Tauſch, der wie der Kauf ein contractus juris gentium war [36]) und als ein unſtreitig früherer Vertrag der menſchlichen Geſellſchaft einen naturrechtlichen Namen hatte, kein Conſenſual- ſondern Real-Contrakt [37]) und unter die civilrechtlichen contractus innominatos gezählt iſt? Ich erkläre mir's ſo. Vor nicht erfundenem Gelde, als allgemeinem Maasſtab für den Werth jeder Sache, kannte man keinen Kaufvertrag, und mußte dem wechſelſeitigen Bedürfniß durch Vertauſchung der entbehrlichen Sache gegen die nothwendige abhelfen [38]). Dies naturrechtliche Geſchäft durch gegenſeitige Auswechslung der Sachen um des Bedürfniſſes willen, was ſchon urſprünglich ein Realvertrag war, beſchränkte ſich meiſtens auf einzelne Familien. Größere Geſellſchaften und Völker konnten ihre Bedürfniſſe im Verkehr nicht durch das mit vielen Schwierigkeiten verknüpfte Tauſchmittel befriedigen, und wurden dadurch zu Auffindung einer Sache (des Geldes) genöthigt, die zu Anſchaffung oder Eintauſchung aller Sachen dienlich war, und die Befriedigung künftiger Bedürfniſſe gleichſam verbürgte.

So entſtund der Kaufvertrag, der ſeiner größeren Nützlichkeit wegen jenen beinahe entbehrlich gemacht hat. Er war ſchon als Vertrag mit eigenem Namen auch bürgerlich verbindlich oder Contrakt [39]). Der Tauſch war es erſt durch Uebergabe der eigenthümlichen Sache [40]); ungeachtet ſeiner Aehnlichkeit mit dem Kauf — da man durch ihn auch Eigenthum erwirbt —

---

36) l. 5. D. de just. et. jur. l. 1. pr. D. de contr. emt.; l. 15. D. de interd.

37) l. 1. §. 2. D. de rer. permut. Dies drückt Paulus in der angeführten l. 1. D. de contr. emt. kurz und bündig aus.

38) l. 1. §. 2. de rer. permut.

39) ebendaſ. u. §. 3. l. 3. C. eod.

40) l. 2 D. l. 2. C. eod. l. 15. D. ex quib. causs. in possess. und in der l. 62. D. de jur. dot. wird der Tauſch quasi emtio genannt.

wurde er doch unter die unbenannten Contrakte gezählt, theils wegen des Anfangs ſeiner Verbindlichkeit, die, wie bei den übrigen Contrakten der Art, in der Uebergabe der Sache, oder dem geleiſteten Faktum lag, theils weil er keinen Civilnamen [41]), und alſo auch keine eigenthümliche Klage, ſondern wie jene die actio civilis praescriptis verbis bewirkte [42]). Dieſe wurde wahrſcheinlich ſo genannt, weil der Prätor die Klagformel nach den Worten des Contrakts vorſchrieb.

Eine andere wichtige Eintheilung der römiſchen Contrakte war die in contractus bonae fidei u. stricti juris. Sie bezog ſich hauptſächlich auf die Gewalt des Richters und ſeiner Ausſprüche, welche bei jenen Contrakten ſich weiter erſtreckte als bei dieſen. Denn hier war der Richter (judex pedaneus) ſowohl an die civilrechtliche Natur und die Worte des Contrakts, als an die von dem Prätor gegebene Klagformel gebunden; er durfte auf nichts weiter ſprechen, als was dieſe enthielt [43]). Dort aber hatte er in ſeinen Erkenntniſſen größeren Spielraum [44]). Dazu berechtigten ihn theils die Worte des Contrakts ex bona fide, ex aequo et bono, quod aequius melius [45]), oder in deren Ermanglung ſchon die Natur der Convention [46]), theils die von dem Prätor in dergleichen Aus-

41) l. 3. D. de praescr. verb. Sein naturrechtlicher Name kam nicht in Betracht.

42) l. 2. D. de praescr. verb. l. 5 §. 2. heißt ſie civilis actio l. 5. §. 3. actio in factum civilis und l. 7. §. 2. D de pact. civilis incerti actio, i. e. praescriptis verbis.

43) l. 99. D. de V. O.

44) l. 7. D. de negot. gest.

45) Cicero L. 3. de offic. c. 15. et in Topic. c 17. In omnibus igitur judiciis, in quibus ex fide bona est additum; ut inter bonos bene agi oportet — parati esse debent jurisconsulti.

46) l. 4. C. de O. et A. l. 31. D. depos. Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.

drücken verfaßte Action, womit derſelbe die Parthie an den Richter (arbiter [47]) verwies. Und dieſer war nun ſchuldig, darauf zu ſprechen, was ein Theil dem andern neben der Vertragsbeſtimmung noch ex aequo et bono zu leiſten hatte [48].

Ungeachtet die verſchiedenen Formeln, welche der Prätor bei Ertheilung der geſetzlichen Actionen gebrauchte, zum Unterſcheidungszeichen der ſtrengrechtlichen (stricti juris) und Billigkeits-Contracte (b. fidei) dienten; ſo waren ſie doch nicht Entſtehungsgrund derſelben. Dieſer lag zunächſt in dem Geſetz [49] und dann in der Natur der Rechtsgeſchäfte ſelbſt [50]. Diejenigen nämlich, welche ſehr häufig vorkommen, und bei dem ſteten Verkehr der Menſchen von ſo großem Nutzen waren, daß man, um nicht in Schaden zu kommen, dabei mehr auf die Loyalität (bona fides) der Paciscenten zählen mußte, als daß man alles umſtändlich und genau vorher hätte ausmachen, und die Verbindlichkeit auf die wörtliche Zuſage beſchränken können, erklärte das römiſche Geſetz für contractus bonae fidei.

---

l. 29. §. 4. D. mandat. — de bona fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne? l. 13. D de relig.

47) l. 24. D. dep. Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.

48) l. 2. §. 3. l. 5. D. de O. et A. §. 30. J. de act.

49) §. 28. J. de act. Vinnius in ſeinem Commentar der Inſtitutionen zu dieſem §. pag. 352 b.

50) Cic. de offic. L. 3. c. 17. Quint. Scaevola summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, mandatis, quibus vitae societas continetur: in his magni esse judicis statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quamque cuique praestare oporteret.

Hierunter gehörten alle Contrakte, welche für jeden Contrahenten eine beſondere Verbindlichkeit und Klage, entweder zwei direkte Obligationen und Actionen, oder eine direkte und eine auf Schadloshaltung (actio contraria) erzeugten.

Die übrigen Contrakte, deren Actionen in dem angeführten bekannten Geſetz des Juſtinian weder genannt, noch unter dieſer Kathegorie enthalten ſind, wie z. B. die actio funeraria [51]), ſind contractus stricti juris. Bei Klagen aus dieſen durfte der Richter nur auf das ſprechen, was der bloße Civilcontrakt mit ſich brachte, und was die prätoriſche Klagformel enthielt [52]). Doch war diejenige bona fides, welche jedes Rechtsgeſchäft fordert, keineswegs ausgeſchloſſen [53]). Nur fand kein richterliches Ermeſſen derſelben ſtatt. Verträge der Art waren z. B. das Darlehen, die Stipulation, die Schenkung [54]). Sehr weislich wurden dieſe, weil ſie nur eine einſeitige Verbindlichkeit begründeten, auch weniger gemeinnützig und bloße Civilcontrakte waren, auf die ausdrückliche Vertragsbeſtimmung beſchränkt, und keine ausdehnende Erklärung dabei zugelaſſen.

---

51) Vinnius ad §. 28. n 5. l. 14. §. 13. D. de relig. — et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestionem actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis (funerariae) natura indulgeat.

52) l. 99. D. de V. O.

53) l. 3. D. de reb. cred. Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis reddatur, non licet debitori deteriorem rem ex eodem genere reddere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto (expresso) habendum est, id autem intelligitur, ut eodem bonitate solvatur, quo datum sit.

54) l. 22. D. de donat. Eum qui donationis causa pecuniam vel quid alius promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est: cum in b. f. contractibus donatio non deputetur.

Schön und musterhaft entwickelt die bona fides bei dem Hinterlegungscontrakt durch einzelne Beispiele Tryphonin [55]. Er sagt: „die bona fides, welche bei Contrakten gefordert „wird, verlangt die höchste Billigkeit [56]. Soll man sie aber „nach dem bloßen jus gentium, oder in Verbindung mit dem „bürgerlichen und prätorischen Recht bemessen? Z. B. ein „Hauptverbrecher hat mir 100 in Verwahrung gegeben, er wird „deportirt und sein Vermögen eingezogen. Soll ich ihm nun „die 100 zurückgeben, oder sie in die Staatskasse bringen? „Beachtet man nur das natürliche Recht und das jus gen„tium [57], so muß man sie dem zurückstellen, der sie gab; „nimmt man aber auf das bürgerliche Recht und die gesetzliche „Ordnung Rücksicht, so gehören sie dem Staat. Denn ein „Staatsverbrecher soll, andern zum schrecklichen Exempel, auch „Noth leiden. Dann frägt sich weiter, ob die bona fides nur „bei den Contrahenten ohne Rücksicht auf einen Dritten, oder „auch hinsichtlich anderer, denen die Contraktsache gehört, in „Anschlag komme? Z. B. soll Sejus das, was ein Straßen„räuber mir nahm, und bei ihm, dem das Verbrechen unbe„kannt ist, hinterlegte, es mir oder dem Räuber zurückgeben? „Wenn man den Geber und Empfänger allein betrachtet, so „erfordert die bona fides, daß der Geber die anvertraute Sache „zurückempfängt; erwägt man aber die Billigkeit im Ganzen, „die nämlich allen, welche diese Handlung betrifft, wiederfah„ren soll, so muß man den Raub mir, an dem er verübt wor„den, zustellen. — Ich halte für wahre Gerechtigkeit „die, welche jedem das, was er haben soll, so zu-

---

55) l. 31. D. depos.

56) Nicht die gewöhnliche, welche überall statt finden soll l. 90. D. de R. J. Marani Op. p. 568.

57) Hier trennt Tryphonin das natürliche von dem Völkerrecht und scheint unter ersterm das Vernunftrecht überhaupt, und unter dem zweiten das hypothetische Naturrecht zu verstehen. s. Cic. de offic. L. 3. c. 17.

„eignet, daß es ihm nicht durch eine gerechtere „Zurückforderung irgend einer Perſon entzogen „werden kann. — Verlange ich das mir Geraubte nicht, „ſo muß man es dem Räuber, unerachtet er eine ſchlechte Er„werbung deponirt hat, dennoch zurückgeben. Wenn übrigens „derſelbe einen Sohn oder Sklaven, ohne ihr perſönliches Ver„hältniß zu wiſſen, beraubt, und den Raub bei dem hierüber „gleichfalls in Unwiſſenheit ſchwebenden Vater oder Herrn hin„terlegt, ſo iſt dies ſelbſt nach dem jure gentium (Vernunft„recht) kein Depoſitum. Denn dieſes kann nur beſtehen, wenn „ein anderer als der Eigenthümer die Sache als eine fremde „zur Verwahrung erhält. Eben ſo wird auch, wenn der Dieb „die mir ohne mein Wiſſen geſtohlne Sache bei mir hinterlegt, „kein Depoſitum contrahirt; weil die bona fides nicht geſtat„tet, den Eigenthümer zu zwingen, ſeine Sache dem Dieb zu„rückzugeben. Vielmehr kann jener, wenn er ſie in der Un„wiſſenheit dieſem herausgab, dieſelbe mit der condictio in„debiti zurückfordern.“

Verſchiedene Wirkung hatten aber bloße Verträge, je nachdem ſie den Contrakten der Billigkeit oder des ſtrengen Rechts angehängt wurden. Geſchah es bei erſteren noch vor beendigtem Contrakt, ſo modificirte der Vertrag die Contraktsklage, er mochte nun beſchränkende oder erweiternde Beſtimmungen des Contrakts enthalten. Geſchah es aber nachher, doch noch vor Uebergabe der ſchuldigen Sache, ſo hatte der Vertrag eine gleiche Wirkung in dem Fall, wenn er die Contraktsverbindlichkeit minderte (cum contractui aliquid detrahit) [58]). Bei ſtrengrechtlichen Contrakten bewirkten

58) Die l. 7. §. 5. 6. D. de pact. ſetzt dies klar auseinander l. 72. D. de contr. emt. Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur, quae vero adjiciunt credimus non inesse. Die Verträge erſter Art modificirten nicht nur die Action des Klägers, ſondern ſie ſtellten den Beklagten auch ohne die ex-

die Verträge ein gleiches, wenn ſie der Stipulation und den unbenannten Contrakten, die keine beſtimmte geſetzliche Form hatten [59]), ſogleich, d. h. bei Abſchließung des Contrakts, angehängt wurden. Alle übrige, den Contrakten beiderlei Art auf andere Weiſe angehängte Verträge, erzeugten nur eine Exception [60]).

Die Weisheit der römiſchen Geſetzgebung verbirgt ſich auch hier nicht. Sie ſorgte erſtlich dafür, daß kein Bürger den andern bei Rechtsgeſchäften, die ihrer Natur nach Loyalität (bonam fidem) der Contrahenten vorausſetzen, durch zweideutige und künſtliche Wendungen, oder auf andere unerlaubte Art, überliſte und vervortheile. Sie verordnete, daß es dabei nicht ſowohl auf das, was man geſagt, als was man gewollt habe, ankomme [61]), daß alles, was in der Natur des Contrakts liege, ſich von ſelbſt verſtehe und ſtillſchweigend bedungen ſey, und daß hier das Richteramt eben die Kraft haben ſolle, als die verbindliche Worte bei der Stipulation [62]). Sie machte daher dieſe Rechtsgeſchäfte von keinen äußeren Förmlichkeiten

---

ceptio pacti ganz ſicher, und dies will der Satz ſagen, daß dieſer in dem judicio bonae fidei ſchon enthalten, und von dem Richter, wenn auch der Beklagte nicht excipirt habe, zu berückſichtigen ſey l. 3. D. de resc. vend. Kurz und bündig äußert ſich hierüber Cujaz in obs. L. 14. c. 28. Die Verträge der zweiten Art nutzen nach Ulpian dem Kläger nichts, „damit nicht aus dem Vertrag eine Klage entſtehe“ l. 7. §. 5. de pact.

59) Daher ſagt die l. 48. D. de pact. in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.

60) l. 7. §. 4. D. de pact. Igitur nuda pactio parit exceptionem.

61) l. 219. D. de V. S. l. 6. §. 1. D. de contr. emt.

62) l. 7. D. de neg. gest. Quia tantumdem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

abhängig; oder wenn sie auch früher dergleichen erforderte, so geschah es mehr wegen der Wichtigkeit des Vertragsgegenstands, als um die Contrahenten dadurch zu fesseln.

Dann aber stellte sie den Bürger auch gegen den Richter sicher, indem sie ihm befahl, nicht bloß nach den Worten und Buchstaben des Contractes, sondern auch darnach zu sprechen, was einer dem andern aus Gründen der Billigkeit zu leisten habe. Und eben so weise verordnete sie das Gegentheil bei Contracten, die theils durch sich selbst, theils durch die Gesetze so genau bestimmt waren, daß es überflüssig und für die Contrahenten selbst nachtheilig gewesen wäre, ihnen oder dem Richter zu gestatten, die Verbindlichkeit über die ausdrückliche Vertragsbestimmung hinaus zu erstrecken (stricti juris). Dem Unredlichen nützte also seine Arglist nicht viel: denn bei Contracten des strengen Rechts mit eigenem Namen verdammte ihn sein mündlich- oder schriftliches Wort, und bei Contracten der Billigkeit stellten sich ihm die diesen anklebende Eigenschaft der bona fides und der darnach zu sprechen verpflichtete Richter entgegen. Bei unbenannten Contracten suchten die Gesetze, wie es mir scheint, der Ueberlistung und Vervortheilung dadurch Einhalt zu thun, daß sie den Contrahenten durch die Befugniß: sich den Vertrag reuen zu lassen, und davon abzugehen, Zeit genug gaben, um zu überlegen, ob und inwieferne er ihnen nachtheilig seyn könne.

Diese Zeit dauerte nämlich so lange, bis der andere Theil sein Versprechen auch erfüllt hatte [63]). Meine Meinung weicht zwar hier von den meisten, besonders neueren, Rechtslehrern ab, welche behaupten, daß nach der Leistung der Sache von einem Theil die Befugniß, vom Vertrag abzugehen, oder die Zeit der Reue, selbst nach römischem Recht aufhöre; allein die Gründe

63) l. 1. §. 2. D. de rer. perm. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Mit der Uebergabe fieng die Verbindlichkeit des andern Theils an. Man sehe l. 5. D. caus. dat. caus. non sec.

derſelben haben mich nicht überzeugt. Doch ich behalte mir die Entwicklung dieſer rein theoretiſchen Frage auf eine andere Zeit vor.

B) Nach teutſchem Recht.

In Teutſchland aber iſt, gegen das römiſche Recht, allgemein angenommen: daß aus jedem gültigen Vertrag eine Action entſtehe, und vor Gericht geklagt werden könne. Dieſe, durch ſpätere Partikular-Geſetze beſtätigte, teutſche Gewohnheit will man daraus erklären: daß unſerer Nation ihr Wort [64]) und alle Verträge, die nicht wider die äußere Ehrbarkeit und Sittlichkeit anſtießen, ſo heilig geweſen ſeyen, daß ſie hierin mehr dem natürlichen Recht gefolgt, und bei Annahme des römiſchen auf ihrem Grundſatz: „jeder nicht erfolgte Vertrag gewähre ein Klagrecht“, feſt gehalten, folglich den Unterſchied zwiſchen bloßen Verträgen und Contracten verworfen habe [65]).

Auch konnte ſie dieſen Grundſatz um ſo eher durchſetzen, weil das früher recipirte kanoniſche Recht ſich hierin mehr der teutſchen Gewohnheit, als den römiſchen Geſetzen anſchloß [66]).

Man muß jedoch nicht vergeſſen, daß den Römern die Verträge eben ſo heilig waren [67]), wie den Teutſchen; daß ſie aber, durch ſichere Erfahrung geleitet, es dem Wohl der Bürger nicht zuträglich fanden, wenn jedem frei ſtünde, aus Verträgen aller Art mit Klagen aufzutreten. Man muß ferner bedenken, daß Teutſchland zur Zeit der eingeführten fremden Rechte weder beſtimmte Geſetze noch Proceßordnungen hatte, daß auch bei einem biederen Volk von einfachen Sitten und

---

64) Tacit. de Mor. Germ. c. 24. und die Parömien: ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann: Zuſagen macht Schuld. Hert. paroem. jur. L. 1. par. 8.

65) Schilteri Exercit. ad Pand. VIII. §. 5.

66) c. 1. 3. X. de pact.

67) Unter dem König Numa Pompilius galt die Vertragstreue für Eid und Zeugniß. Dionyſ. v. Halicarnaß L. 2.

wenig Kultur, wie damals das teutſche war, Rechtsſtreite ſeltener ſind, und, wenn ſie vorkommen, durch Vergleich, oder nach Gewohnheitsrecht, mündlich und ſummariſch geſchlichtet und entſchieden wurden [68]).

Mit einem Worte: das Studium der Geſchichte und des Syſtems des römiſchen Rechts lag zu lange und zu ſehr brach, um einzuſehen, wie geſunde Philoſophie und wahre Staatsklugheit die Römer veranlaßten, die Verträge ſorgfältig zu ſichten, und, ohne Verletzung des Grundſatzes ihrer Heiligkeit, ſie nach ihrer Wichtigkeit in der bürgerlichen Geſellſchaft zu klaſſifiziren, dieſe Wichtigkeit aber zum Maasſtab zu nehmen, wornach einigen neben ihrer natürlichen Verbindlichkeit auch eine bürgerliche und ein Klagrecht beigelegt, andere aber auf erſtere jedoch mit der geſetzlichen Wirkſamkeit beſchränkt wurden, daß der Contrakt und die Actio nie das ſpätere natürliche Vertragsrecht aufheben, daß vielmehr dieſes als Exception und Schutzwehr gegen die zwar civilrechtliche aber unbillige Klage gebraucht, und letztere dadurch unkräftig gemacht werden konnte.

Als man aber mit jenem Studium neuerer Zeit zu dieſer Einſicht gelangte, hatte der teutſche Grundſatz: jeder Vertrag erzeuge ein Klagrecht, ſchon ſo tiefe Wurzeln gefaßt, und gilt nun für ſo allgemein wahr, daß man es kaum wagen darf, hierüber eine andere Anſicht zu haben.

Der Römer faßte, wie es mir ſcheint, die Lehre von den Verträgen gleich auf der praktiſchen und gemeinnützigen Seite; der Teutſche hingegen blieb bei dem Grundſatz ihrer allgemeinen Verbindlichkeit ſtehen, führte dieſen, ohne ſie einzeln nach ihrer eigenen Natur und größeren Nützlichkeit durch geſetzliche Form auszuſcheiden, bei den Gerichten gerade Wegs ein, und öffnete dadurch, zum Nachtheil ſeiner Mitbürger, der Streit- und Prozeßſucht Thüre und Angel.

---

68) Daher wurde auch die Klage aus einem bloßen Vertrag actio oder condictio ex moribus genannt.

Daraus entſtund eine unwillkührliche Inkonſequenz. Man fand nämlich die römiſchen Beſtimmungen bei den meiſten Verträgen, mit Ausnahme der Verbal- und Litteral-Contrakte, ſo vernünftig und allgemein anwendbar, daß man jene annahm, dagegen aber die eigene Contraktsform, worauf ſie beruhen, verwarf. Man folgte z. B. bei den Realcontrakten dem Rechtsſatz: daß ſie nur nach Uebergabe der Sache vollendet ſind, daß alſo vor wirklicher Hinterlegung der Sache der Contrakt nicht beſtehe, noch die actio depositi ſtatt finde. Aber man nahm zugleich nach dem teutſchen Princip an, daß ſchon das Verſprechen, zu hinterlegen, zu leihen, zu verpfänden, verbindlich ſey und ein Klagrecht bewirke. Man mußte ferner nach dieſem Grundſatz bei den unbenannten (ſynallagmatiſchen) Contrakten deren Rechtsverbindlichkeit noch vor Erfüllung des Verſprechens von einer Seite, oder vor Uebergabe der Sache behaupten, da doch ſchon nach ihrer Natur der, welcher etwas geben oder thun ſoll, ſich nicht eher verpflichten will, als bis der andere das gegeben oder gethan hat, woraus ſeine Leiſtungs-Verbindlichkeit hervorgeht. Dem praktiſchen Stryk [69]) entgieng dieſe Inkonſequenz nicht, und er ſuchte ihr durch ein beſonderes Intereſſe des anderen an Erfüllung des Vertrags zu begegnen, in deſſen Ermanglung jeder Contrakt die Reue zuließ [70]). Allein gerade, weil es bei einſeitigen und wohlthätigen Verträgen an dieſem Intereſſe gewöhnlich fehlt, ſo legten die Römer dem bloßen Verſprechen keine Verbindlichkeit bei. Man fühlt auch ſchon den großen Unterſchied zwiſchen dergleichen bloßen Verträgen und zwiſchen Realcontrakten, noch ehe man den wenigen Nutzen und die Entbehrlichkeit der erſten aus Erfahrung lernt. Daher begründet noch jetzt das bloße Pfandverſprechen

69) in Usu moderno p. 276.

70) ebendaſ. quum exceptio, tua non interest, omnem agentem repellat.

kein Pfandrecht, wenn nicht mit dem Vertrag zugleich die Sache verpfändet wird [71]).

Und dennoch muß man nach dem teutschen Prinzip die Verpflichtung aus allen Verträgen künftiger Leistungen (pactis de futuro) behaupten [72]), ungeachtet sie in der Regel wenig oder kein Interesse gewähren, und ihre Erfüllung so sehr von Zeit und Umständen abhängt, daß die Erzeugung derselben meistens ungerecht ist, daß auch, wenn irgendwo, gewiß hier die clausula: rebus sic stantibus am rechten Ort steht.

So halten nicht weniger manche einen Vertrag in unbestimmten Ausdrücken, oder ein Versprechen nach Möglichkeit, oder nach Gelegenheit, für verbindlich. Das Preußische Gesetzbuch [73]) verordnet sogar: „Ist aber die Verbindlichkeit „an sich bloß durch Vertrag erst begründet worden, und an „diesem die Erfüllung in dergleichen unbestimmten Ausdrücken „versprochen; so hängt die Zeit derselben von der Bestimmung „des Verpflichteten lediglich ab. In diesem letzteren Fall, in„gleichen wenn die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Ver„pflichteten ausdrücklich überlassen ist, findet die Anstellung ei„ner Klage darauf erst nach dem Tode des Verpflichteten statt."

Dagegen nimmt das römische Recht keine Verbindlichkeit da an, wo die Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten anheim gestellt ist, aus dem einleuchtenden Grund, weil dieser bis an sein Lebensende diese Erfüllung nicht wollen, oder doch die Nichterfüllung mit seiner Lage entschuldigen kann. Nach

---

71) Happprecht Resp. 92. n. 202. folg. Hofacker prino. jur. civ. T. II. §. 1175.

72) Dies nahm auch der sonst so hellsehende aber dem römischen Recht abholde Thomasius in not. ad Pand. L. 11. T. 14. an.

73) I. Th. Vier Tit. §. 237. 238.

74) l. 8. D. de O. et A. l. 108. §. 1. D. de V. O. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

ſeinem Tode aber findet die Anſtellung einer Klage aus einem ſolchen Verſprechen um ſo weniger ſtatt, da ſie gegen den Lebenden unwirkſam war, es alſo auch gegen die Erben ſeyn muß, auf die keine andere Verbindlichkeit übergeht, als die der Erblaſſer hatte, nämlich eine Verbindlichkeit, mit der Befugniß die Zeit ihrer Erfüllung ſelbſt zu beſtimmen.

So wenig ſich alſo darthun läßt, daß die römiſchen Contrakte heut zu Tag nur als Verträge in Betracht kommen, und darum entbehrlich ſeyen, weil letztere ohne Unterſchied ein Klagrecht bewirken, ſo unrichtig iſt es auch, die Eintheilung der Klagen in actiones b. f. und stricti juris deßwegen für überflüſſig zu halten, weil jetzt alle Verträge bonae fidei, folglich die daraus entſtehenden Klagen es auch ſeyen. Denn dieſer Behauptung liegt der falſche Satz zum Grund: als hätten die actiones b. f. ihre Eigenſchaft von den prätoriſchen Formeln ex bona fide, ex bono et aequo etc. erhalten [75]). Nur die Benennung, nicht jene Eigenſchaft verdanken dieſe Klage der Formel. Die bona fides lag ſchon in der Natur des Contrakts, der ein billiges Recht begründete, und nach der Billigkeit interpretirt werden mußte.

Jene prätoriſche Formel war die Wirkung und nicht die Urſache der bona fides. — Auch will man die Aufhebung dieſes Unterſchieds von Actionen mit dem jüngſten Reichsabſchied von 1654 §. 179. beweiſen, welcher das Darlehen als Contrakt des ſtrengen Rechts in einen Contrakt der Billigkeit (bonae fidei) verwandelt habe. Allein dieſer Paragraph, und vorzüglich der §. 139. des Reichshofdeputations-Abſchieds von 1600. wollten von dem Darleher bloß den Schaden aus dem Zahlungsverzug des Schuldners abwenden, und erlaubten ihm

75) Hievon gieng J. H. Boehmer aus in doctr. de Act. T. 1. c. 3. §. 49. und glaubte, daß mit Aufhebung des Formularrechts auch die Eintheilung der Klagen in act. b. f. und stricti juris aufgehoben ſey. Dies ſchrieb und lehrte man blindlings ihm nach.

entweder Verzugszinse oder sein ganzes Interesse zu fordern. Letzterer fordert nämlich:

„daß in contractibus mutui, um die Partheien in puncto liquidationis an dem kaiserlichen Kammergericht des „langweiligen Prozesses zu entheben, der Schuldner, wenn „er in mora restituendi pecuniam mutuam ist, seinen „Gläubiger von derselben Zeit an (der Vermuthung halber, daß der Gläubiger sein Geld von solcher Zeit an „anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten von 100 „fünf wohl haben möge) das Interesse zu entrichten und „gut zu machen schuldig sey, — oder aber, da dem Creditor solche fünf Gulden (statt des Interesse a tempore „morae) nicht annehmlich, sondern es vermögen wollte, „tam ex mora cessante quam damno emergente „ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganzes „Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren, und zu „bescheinigen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu „gewarten, unbenommen seyn soll."

Wenn auch der Schuldner aus den gesetzlichen Gründen seinem Gläubiger, dem er das Capital zur bestimmten Zeit nicht zurückzahlt, den Schaden aus seiner Saumseligkeit zu vergüten, oder das Interesse mit 5 Procent zu leisten hat, falls dem Gläubiger daran genügte; so folgt doch hieraus keineswegs die Umschaffung des Darlehens in einen Contrakt der Billigkeit (b. f.) sondern höchstens eine Gleichstellung jenes mit diesem in Ansehung der Verzugszinsen, ohne daß übrigens die strengrechtliche Natur des contractus mutui aufgehoben worden wäre. Ja genau genommen verordnet das Gesetz nicht einmal eine völlige Gleichstellung, da es die Annahme der Verzugszinsen von 5 Procent, womit sonst bei contractibus b. f. der Gläubiger zufrieden seyn muß, diesem nicht zur Pflicht macht, sondern ihm (nachdem es den Ersatz seines Interesse mit wenigstens 5 vom Hundert nach der Analogie der Zinsen für billig erachtet hatte) dennoch erlaubt, sein Interesse, wenn er mehr fordern zu können glaubte, weiter zu deduciren und zu liquidiren.

Der Darleiher darf daher ſein Intereſſe ex mora zu 5 Procent, oder auch höher anſchlagen, und der Richter iſt ſchuldig, wenn jener den höheren Anſchlag beweiſen und liquidiren kann, darauf zu ſprechen. Dies findet auch ſtatt, der Darleiher mag ſich nun die Heimzahlung des Capitals nebſt Zinſen zu einer gewiſſen Zeit bedungen, oder daſſelbe auf bloße Aufkündigung verzinslich gelieben, und der Schuldner in einem oder dem andern Fall nicht bezahlt haben, wo dann das Intereſſe des Gläubigers ex mora des Schuldners entweder mit denſelben Zinſen, oder nach einem höheren Anſchlag eintritt.

Man wende nicht ein: der §. 174. des Reichs-Deputations-Abſchieds hätte gegen die frühere Verordnung des Reichs-Deputations-Abſchieds das Intereſſe des Gläubigers aus dem Verzug geradehin auf 5 Procent geſetzt. — Dies ließe ſich hören, wenn der Anfang des Paragraphen nicht bloß von verſprochenen, oder bedungenen Zinſen redete, in den Worten:

„anreihend, die künftigen Zinns und Intereſſe ſollen von „nun an dieſelbe, ſie ſeyen aus wiederkäuflichen Zinnſen, „oder vorgeſtreckten Anleben herrührig und verſprochen, „jedoch nach Ausweiſung der Reichskonſtitutionen und weiter nicht als 5 Procent alle und jede Jahre in vergliche„nen Terminen unfehlbar bezahlt, und im Fall des Saum„ſals auf bloße Vorzeugung der Obligation per paratam „executionem wider den Schuldner verfahren werden.“

Er redet ferner nur von der Saumſal in Bezahlung der verſprochenen Zinſen, was auch ſchon die Worte: daß nach Ausweiſung der Reichskonſtitutionen ꝛc. anzeigen. Von nicht verſprochenen, das heißt von Verzugszinſen, iſt in dem ganzen §. nicht eine Sylbe enthalten. Er beweißt daher für den obigen Satz nichts [76]), und der §. 139 des Deputations-Abſchieds, der hier weit eher angeführt zu werden verdient, ſchafft das Darleben ſo wenig in einen Billig-

76) Und doch berufen ſich ſo viele Rechtslehrer auf ihn.

keitsvertrag um, daß er vielmehr nur dem Gläubiger freiſtellt, um durch den moroſen Schuldner nicht in Schaden zu kommen, entweder das liquidirte Intereſſe zu fordern, oder mit den gewöhnlichen Zinſen von 5 Procent vorlieb zu nehmen.

Wenn ſich aber auch darthun ließe, daß das mutuum zu einem contractus b. f. geſetzlich umgeſchaffen worden ſey; ſo wäre damit die Aufhebung aller Contracte des ſtrengen Rechts keineswegs dargethan. Denn niemand wird läugnen, daß täglich ſolche verbindliche Rechtsgeſchäfte vorkommen, welche die Römer unbenannte Contracte hießen. Dieſe waren aber contractus stricti juris, mit Ausnahme des Tauſch- und des äſtimatoriſchen Contracts §. 28. J. de Act., und ſie laſſen ihrer Natur nach keine beſondere Billigkeit zu, ſondern fordern bloß, daß der eine Contrahent leiſte, wenn er den andern ſich verbindlich machen, oder von ihm geleiſtet haben will, als worin das strictum jus dieſer Contracte beſteht. Die Anwendung einer Billigkeit bei derſelben wäre aequitas cerebrina und ungerecht. Verlaſſen wir alſo hierin die römiſchen Rechtsbeſtimmungen, ſo handeln wir abermals inconſequent. Denn geſetzt: es würde heut zu Tag jemand aus einem ſynallagmatiſchen oder unbenannten Contracte belangt, ſo könnte kein Richter den Beklagten anhalten, die verſprochene Sache zu geben, oder das zugeſagte Faktum zu leiſten, ſo lange der Kläger dies ſeiner Seits nicht gethan hat. Vielmehr müßte er ſprechen: Noch zur Zeit findet die Klage nicht ſtatt; wo es dann von dem Kläger abhängt, ob er ſein Verſprechen erfüllen, oder davon abgehen will, was der andere nicht hindern kann, da er ihn durch Leiſtung von ſeiner Seite noch nicht verbindlich gemacht hat. Dieſe Sätze ſind ſo einleuchtend, daß die Behauptung: jeder Vertrag als ſolcher erzeuge eine Civilobligation und ein Klagrecht, kaum begreiflich wird. Wären unſere Gerichte nicht mit des römiſchen Rechts kundigen Männern beſetzt, ſo würden dieſe bei angebrachten Klagen aus Verträgen, wovon weder dieſe noch jene benannt werden, nicht ſelten in Verlegenheit kommen; ſo aber entſcheiden ſie, gleichſam aus Takt, nach römiſchen

Rechtsbestimmungen, in allen den Fällen, wo der Contract, oder die Klage, hätte benannt werden können.

Bei Rechtssachen aus bloßen Verträgen befinden sich meistens die Advokaten recht wohl; desto schlimmer aber ihre Clienten. Jene erhalten dadurch ein weites Feld, Rechtsstreite auf Kosten dieser zu verwickeln und auszudehnen, bis zuletzt der Richter gewahr wird, daß kein gegründetes Klagrecht statt fand, und der abgewiesene Theil, wiewohl zu spät und zu seinem Schaden, eine Erfahrung macht, vor der er sicher geblieben wäre, wenn er den Vertrag, und sein daraus vermeintlich erworbenes Klagrecht, vor Anfang des Rechtsstreits nach römischen Principien hätte prüfen und beurtheilen lassen. Es war daher bei dem vormaligen Reichskammergericht eine gewiß heilsame Einrichtung, daß bei jedem dort angebrachten Prozeß die Klage bestimmt angegeben oder benannt werden mußte. Sie gewährte mannichfaltigen Vortheil; der Richter sah daraus gleich das Rechtsgeschäft, woraus geklagt wurde; der Advokat machte sich durch Auffindung und Auswahl der Klage ganz mit den gesetzlichen Bestimmungen des Contracts, der sie erzeugte, bekannt, und, um nicht Blöße zu geben, mußte er sich in seinen Schriften zweckwidriger Digressionen enthalten, und gelangte dadurch überhaupt zu einer besseren und helleren Ansicht der Sache.

C.) In Rücksicht auf Gesetzgebung.

Meine Absicht war bisher, aus dem römischen Recht zu zeigen, daß der Satz: aus jedem gültigen Vertrag kann geklagt werden, kein richtiger, kein praktisch-möglicher, vielmehr ein für Bürger und Staat verderblicher Satz sey; daß er in Teutschland zwar gelte, aber nicht consequent angewandt werden könne, weil man in Ermanglung teutsch-gesetzlicher Formen für einzelne Verträge meistens römischen Bestimmungen folgen muß, wenn jene nicht in einander fließen, und praktisch unbrauchbar seyn sollen. Ob mir dieses in etwas gelungen sey, und ob andere Sachkundige dieselbe römische Weisheit und Consequenz in der Lehre von Verträgen finden, wie ich, mögen dieselben entscheiden.

Da ich unſere Partikular-Geſetzgebung, z. B. die Preußiſche, und die neuere für die Oeſterreichiſchen teutſchen Erblande, bei ihren ſonſt großen und unverkennbaren Vorzügen hierin mangelhaft finde, ſo will ich verſuchen, einen bloßen, und wie ich wünſche nicht vergeblichen, Fingerzeig zu geben, wie man dieſe Lücke allenfalls ausfüllen könnte.

Man müßte nämlich für die frequenteſte und nützlichſte, folglich wichtigſte, Verträge eigene Formen als Gränz- und Unterſcheidungslinie eines Vertrags von dem andern feſtſetzen, oder die römiſchen mit geringer Abänderung deſſen, was für uns nicht paßt, ganz einheimiſch machen; in Anſehung der römiſchen unbenannten Contrakte aber verordnen, daß, da kein vertragſchließender Theil von dem andern die Erfüllung der erhaltenen Zuſage vor Leiſtung der gegebenen fordern könne, die Verbindkeit, oder das Zwangsrecht, aus dem Vertrag auch erſt mit jener anfange: daß nur von da an ein Klagrecht auf Erfüllung des Vertrags, oder wenn dieſe nicht zu bewirken ſeyn ſollte, auf Leiſtung des Intereſſe gegründet ſey, vorher jedoch jedem Theil frei ſtehe, ſich den Vertrag reuen zu laſſen, oder davon abzugehen.

Verträge aber, wodurch ſich nur ein Theil verbindlich macht, d. h. einſeitige, haben ohnehin von dem Augenblick der Annahme des gemachten Verſprechens Gültigkeit, und geben ein Klagrecht auf Erfüllung der Schuld.

Diejenigen endlich, welche ein bloß künftiges Verſprechen enthalten, ſollen nur in dem Fall verbinden, wenn der Promiſſär ſchon in Beziehung auf jene Zuſage handelt, und der Promittent, nach der Beſchaffenheit des Vertrags, oder ſonſt, wiſſen konnte, daß jener auf die Gewißheit der Erfüllung künftiger Zuſage rechne, und darnach voraus handle.

In allen übrigen Fällen wäre es weder vernunftrechtlich noch billig, denjenigen, der mit dem beſten Willen etwas für die Zukunft verſprach, zur Erfüllung einer Zuſage zu zwingen, die er, wenn er ſeine jetzige Lage je hätte vorausſehen können, vernünftigerweiſe nie gemacht haben würde.

Insbesondere aber scheint es einer weisen Gesetzgebung nicht angemessen zu seyn, wenn jedem Staatsbürger freisteht, mit Klagen aufzutreten, und sein Recht, wahres und vermeintliches, willkührlich vor Gericht geltend zu machen. Das Gesetz: „jedem, der sich in seinem Recht gekränkt zu seyn erachtet, steht „es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze benimmten „Behörde anzubringen [77]," ist an sich richtig und gut. Nur muß man unter dieser Behörde nicht ausschließend den Richter verstehen. Ich wünschte nämlich außer denselben eine Behörde, an die man sich vorher wenden müßte, ehe man einen Rechtsstreit anfangen kann. Wer kennt nicht den großentheils unwissenden, durch Vorurtheile verblendeten und leidenschaftlichen Menschen, wer weiß nicht, wie sehr der unfriedliche Mann u. der Halbweise zur Streitsucht geneigt, und wie dagegen der friedliche und unvermögende Bürger hart daran ist, wenn er von seinem reichen ränkevollen Gegner in ungerechte Prozesse verwickelt wird, deren Ende er kaum voraussieht, wir also dem einen seine Streitsucht und sein unbeschränktes Klagrecht, dem andern aber die Chikane seines reichen und unbilligen Gegners, und das leider langwierige Rechtsverfahren durch mehrere Instanzen von seinem eigentlichen nützlichen Beruf entfernt, und nicht selten an den Bettelstab bringt; und wer sollte dadurch nicht überzeugt werden, daß es sehr wohlthätig und gerathen für den Bürger seyn müßte, wenn eines Theils das Klagen und Streiten vor Gericht nicht bloße Willkühr wäre, und wenn anderen Theils im Fall eines wirklich gegründeten Klagrechts, das Gesetz genau die Zeit bestimmte, innerhalb welcher die Prozesse in jeder Instanz beendigt seyn müßten [78].

77) In der Oestreichischen bürgerlichen Gesetzgebung für die gesammten teutschen Erbländer. s. von Zeiler Commentar über dasselbe I. B. I. Ty. 1. Hauptst. §. 19.

78) Nach römischem Recht durfte kein Civilproceß über 3 Jahre währen l. 13. §. 1. C. de judic. nämlich in der ersten Instanz nicht über zwei, und in appellatorio nicht über ein Jahr. Nov. 49. pr. §. 1. u. princ. c. 1.

Die Einwendung: man habe es sich selbst beyzumessen, wenn man einen verwegenen Rechtsstreit anfange, und schon eigenes Interesse rathe es jedem, sich von Rechtsverständigen über den Grund oder Ungrund seines Klagrechts belehren zu lassen, ist von keinem Gewicht; denn der Staat muß da durch Gesetze eintreten, wo der Bürger entweder durch andere, oder durch sich selbst, Gefahr läuft, in Schaden zu kommen. Auch sind die Rechtsverständige meistens Advokaten, welche von Prozessen sich nähren, und daher keine unbefangene Rathgeber. Wenn sie es aber auch wären, so ist doch die Parthei an ihren Rath nicht gebunden.

Wichtiger und scheinbarer ist der Einwurf: daß die Rechtsverfolgung vor Gericht mit dem Recht selbst zu genau zusammenhänge, um die Befugniß zu jener von diesen trennen und dem Berechtigten entziehen zu können, als wodurch die natürliche Freiheit zu sehr beschränkt würde.

Allein man erwäge, daß Weibspersonen, selbst wenn ihre Rechte unzweifelhaft sind, ohne den Willen und die Beistimmung ihrer Pfleger nicht klagen, oder einen Rechtsstreit beginnen können [79]). Warum sollte ein in dem Recht und dessen Beurtheilung unerfahrner, besonders der gemeine Mann, um vor Schaden aus unzeitigem Prozessiren gesichert zu werden, nicht einer ähnlichen Verordnung bedürfen? Der auf seinem Recht fest haltende Römer hätte es der Entscheidung des Präter, ob ihm eine Klage zustehe und welche? gewiß nicht überlassen, wenn die Beschränkung seiner Willkühr hierin ihm hart und unnatürlich geschienen hätte. Man darf vielmehr annehmen, daß er überzeugt von einer nur zu seinem Besten getroffenen Einrichtung

79) Weder nach römischem Recht Ulp. Fragm. T. XI. §. 1. Tutores constituuntur foeminis tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam; noch nach dem teutschen. Cons. Tubing. T. II. c. 119. n. 15. Hofacker in princ. jur. civ. T. I. §. 713.

dem Ermeſſen derjenigen Behörde gerne ſich fügte, welche eigentlich als Dienerin der Billigkeit aufgeſtellt, und die lebendige Stimme des bürgerlichen Rechts war.

Demnach ſollte meines Erachtens jede Geſetzgebung dafür ſorgen, daß dem Einzelnen nicht überlaſſen bleibe, aus Geſchäften und Verträgen aller Art willkührlich zu klagen. Sie ſollte eine Behörde aufſtellen, an die man ſich, wie der Römer an ſeinen Prätor, vorher zu wenden, ihr die Rechtsſache mündlich oder ſchriftlich in Kürze vorzulegen, und von ihr die Entſcheidung zu erwarten hätte: ob dieſe zur Verfolgung auf dem Rechtswege ſich eigne? Um das Klagrecht deſto mehr zu ſichern, dürfte dieſe Behörde nicht grade in einer Perſon, aber auch in nicht mehr als drei nach Wiſſen und Charakter vorzüglichen Männern beſtehen; in zweifelhaften Fällen müßte ſie alles anwenden um einen Vergleich zu bewirken; falls dieſes aber mißlänge, müßte von ihr die Klage freigeſtellt werden. Uebrigens ſollte das Klagen niemalen — gänzlich, ſondern immer nur mit dem Beiſatz unterſagt werden, daß bei dennoch angefangenem und verlohrnem Prozeß die muthwilligen Streiter die geſetzliche, etwas hoch zu beſtimmende, Fiscal- oder auch Gefängnißſtrafe, unausbleiblich treffen würde.

Hiedurch könnte ohne Zweifel der äußerſt ſchädlichen Streitſucht begegnet, und eine Menge frivoler Prozeſſe, welche durch das, in der Abſicht zu prozeſſiren, ſo häufig nachgeſuchte und erhaltene Armenrecht entſtehen, niedergeſchlagen werden. Den beſtehenden Gerichten würde die Zeit zur Erledigung gegründeter Klagen nicht geraubt, der friedliche Bürger würde im ruhigen Genuß ſeiner Rechte gelaſſen, gegen Geringſchätzung und Nichtanerkennung derſelben durch Mächtige und Reiche ſicher geſtellt, und überhaupt mehr Achtung für Recht erzeugt. Endlich möchte hieraus auch das Gute entſtehen, daß die Advokaten ihren hohen Beruf und die Würde ihrer Wiſſenſchaft lebhafter fühlen, und dieſe nie der Chikane, ſondern einzig und allein der ſorgfältigen Entwicklung und lichtvollen Darſtellung des Rechts ihrer Clienten, Preiß geben würden.